

REFLEXÕES SOBRE O NEGÓCIO JURÍDICO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Integrante do Tribunal Regional Eleitoral

1. O surgimento da teoria do negócio jurídico rompeu com a idéia predominante no mundo do conhecimento de que todo jurista é conservador justificou, outrossim, mais uma vez, a conduta que o estudioso do direito tem como dever que é a de rejuvenescer a sua ciência.

2. Na verdade, o jurismo tem por essência manter a disciplina das condutas e conservar a ordem constituída, cabendo ao jurista, como defensor espontâneo das situações adquiridas, conservar o direito. Esta lição de Edouard Lambert, a prefaciando *La Vision Socialiste du Droit*, de Emanuel Levy, deve ser entendida com o alargamento da imagem feita por Korler, in *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, I, § 7, citada por Caio Mário da Silva Pereira, no Discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 16.8.62, quando entendeu que

A civilização de cada tempo e de cada lugar possui certos postulados jurídicos que não chegam a cristalizar-se em regras de direito, mas concepções do justo real. E ao jurista há de caber a tarefa de fixar as verdades pertinentes ao seu campo, adaptando os materiais que até nós chegaram, de forma a fazê-los expressar idéias jurídicas correspondentes à nossa própria civilização (RF 201/63).

3. Os efeitos do contexto assinalado são vistos no tempo, determinando que os cientistas do direito, sob a influência do pensamento filosófico, aprofundassem os seus conhecimentos e alargassem o campo da pesquisa com a formulação de novas teorias. Assim ocorreu com a extensão das idéias dos pandectísticos germânicos (que deram ênfase ao processo da indução para estudar os fatos e síntese do pensamento humano, possibilitando a criação de categorias mais abrangentes), permitindo a sistematização do Direito Privado em uma parte geral

contendo a teoria das pessoas, a das coisas e a dos fatos jurídicos, conforme observa Mário Allara, in *Teoria Geral do Contrato*, p. 10. No campo da teoria dos fatos jurídicos se desenvolveu o negócio jurídico.

4. Os romanos não conheceram a teoria do negócio jurídico. Fruto da doutrina filosófica do Séc. XVII, quando o empirismo passou a ser substancialmente fenomenista, como o racionalismo, tendo o conhecimento sido reduzido não à razão, e sim aos sentidos, só alcançou desenvolvimento no século XIX, coincidindo, assim, com o período áureo da pandectística germânica, segundo observação, ainda, de Mário Aliara, ob. cit., p. 10.

5. Há uma incessante pesquisa para fixar o sentido da expressão negócio jurídico. Ruggiero, de maneira simplista, entendeu ser negócio jurídico qualquer declaração de vontade da pessoa, tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico. Observa-se que a vontade foi considerada, por Ruggiero, como elemento nuclear, central, preponderante na formação do vínculo, o que, após uma investigação mais cuidadosa, se chega a conclusão discordante.

Nos limites fixados, o negócio jurídico contém, por excelência, os negócios unilaterais e bilaterais que têm seu nascimento ligado à vontade.

6. A conceituação de Ruggiero se apresenta, portanto, insuficiente para explicar o negócio jurídico, principalmente, quando nos deparamos com a ocupação de uma *res nullius* por alguém. Não é possível se deixar de reconhecer que há ocorrência do fenômeno jurídico negocial sem, contudo, ter havido o apossamento com a vontade declarada do agente.

7. A elevação do princípio da autonomia da vontade como "prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito" passou a ser examinada pela teoria dos negócios jurídicos por um

ângulo diverso. Oertmann não equiparou negócio jurídico à declaração de vontade, enquanto Emílio Betti, in *Teoría General del Negócio Jurídico*, trad. espanhola de A. Martins Peres, Madrid, p. 50, defendeu a idéia de que o

Direito não pode emprestar seu apoio à autonomia privada, para a consecução de qualquer fim que esta se proponha. Antes de revestir o negócio com sua própria sanção, o ordenamento jurídico valora a função prática que caracteriza seu tipo e o trata conseqüentemente.

A seguir, Betti enumera as possíveis hipóteses:

- a) Que não julgue sua função digna ou necessitada de tutela, caso em que ignora o negócio e o abandona a si mesmo como indiferente, deixando-o desprovido de sanção jurídica;
- b) Que considere, ao revés, sua função como socialmente transcendente e digna de tutela, e então reconhece o negócio e o toma debaixo de sua proteção;
- c) Ou que, finalmente, julgue reprovável sua função, e então combate o negócio, reconhecendo, entretanto, juridicamente transcendente o comportamento do indivíduo, mas no sentido de provocar efeitos contrários ao fim prático normalmente perseguido.

8. Com efeito, embora o conteúdo do negócio jurídico resida sempre na atividade volitiva das partes, há, porém, negócio jurídico que não tem base originária em uma declaração de vontade por esta se manifestar de outro modo.

Por outro lado, é sabido, conforme adverte Orlando Gomes, in *Contratos*, p. 25, que "O próprio mecanismo da vontade contraria a afirmação de que possa, por si só, determinar os efeitos jurídicos que tende a suscitar", ocasião em que faz lembrar lição de Scialoja, autor de "Negozio Giuridico", in *Nuovo Digesto Italiano*.

No negócio jurídico, o estudo da relação jurídica formada deve, conseqüentemente, valorizar a função a ser desempenhada, pois, ele é um "pressuposto de fato querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido com base no efeito jurídico perseguido", de acordo com a visão de Caio Mário da Silva Pereira.

O realce de que o negócio jurídico é um preceito e que representa a aplicação concreta de uma norma, ajusta-se à concepção feita por Betti, pois, o que importa para o mundo do direito é a incidência da norma jurídica sobre fato existente.

9. Os negócios jurídicos exigem elementos estruturais para a sua configuração, isto é, elementos que constituem seu conteúdo. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. I, n. 184, Rio, 1953, distinguiu entre os elementos do negócio jurídico os essenciais (*essentialia negotii*), os naturais (*naturalia negotii*) e os acidentais (*accidentalia negotii*). Essenciais, diz o mestre, são os exigidos para a própria substância do ato, assim como o consentimento, a declaração, a idoneidade do objeto e a forma, quando ela é exigida *ad substantiam*. Naturais são daqueles elementos peculiares ao negócio em questão que decorrem naturalmente dele, como, por exemplo, a obrigação que tem o vendedor de responder por vícios redibitórios ou pela evicção. Acidentais, conclui Serpa Lopes, são os que podem ou não figurar no negócio, sem que a sua presença se faça indispensável para que o ato se configure, como, por exemplo, a condição, o modo, ou o termo.

10. Para facilitar o estudo dos negócios jurídicos e melhor sistematizar o entendimento dos seus efeitos, costumam os doutrinadores proceder a uma classificação. Assim, são divididos em: a) Negócios unilaterais (com a vontade de uma das partes) e bilaterais (manifestação de vontade de ambas as partes); b) Negócios onerosos (à vantagem obtida corresponde um sacrifício, cf. Espínola, *Sistema do Direito...*, p. 527) e gratuitos (envolvem sacrifício apenas de uma das partes); c)

Negócios *causa mortis* e *inter vivos*; d) Negócios solenes e não solenes; e) Ato-condição ("o interessado por meio de sua manifestação de vontade, suscita a aplicação de um estatuto imposto pela lei" (Sílvio Rodrigues) e Ato-regra ("o que vincula as pessoas cuja vontade não contribui para constituí-lo", como por exemplo: falência, concordata, convenção coletiva de trabalho), segundo faz ver Sílvio Rodrigues, p. 169, *Direito Civil*, vol. 1, Parte Geral.

11. No campo da classificação dos negócios jurídicos não se pode deixar de registrar a teoria dos negócios jurídicos indiretos que foi desenvolvida por Tullio Ascarelli. O mestre italiano, alargando a teoria sobre a desarmonia entre a estrutura e as funções de um determinado instituto jurídico, observou que, em variadas vezes, "o negócio jurídico acordado pelas partes, embora correspondesse à sua função típica exteriorizada, também abrangia, imediatamente, outras e variadas funções" (José Ignácio Gonzaga Franceschini, in *Contratos Inominados, Mistos e Negócios Indiretos*, RT 464/34).

12. Os negócios indiretos, de acordo com a concepção de Ascarelli, são aqueles acordos em que, pelo emprego de estruturas típicas, visam as partes, conscientemente, a um escopo prático diferente, se bem que, por vezes, análogo ao do negócio jurídico típico.

De início, deve ser feita a afirmação de que não se trata de negócio simulado, pois, o ocorrido é que as partes buscam "acrescer hipóteses não previstas, porém viáveis e lícitas, a uma disciplina jurídica dotada de segurança e objetivando, assim, sem quebra de Unidade jurídica vigente, abarcar funções econômicas e sociais inéditas" (José Ignácio Gonzaga Franceschini, art. citado, p. 43).

13. A nossa reflexão se situa agora na conversão dos negócios jurídicos, em face da omissão do Direito brasileiro e no interesse teórico

que se apresenta pelo fato de se prestar para uma revisão na maneira de conceber o negócio jurídico como ato de vontade.

Não podemos deixar de reconhecer que a concepção voluntarista do negócio exerce, ainda hoje, predominância na doutrina brasileira. Basta citar a posição dos nossos principais doutrinadores: a) Clóvis Beviláqua: manifestação de vontade individual; b) Sílvio Rodrigues: ato de vontade a um fim; c) Washington de Barros: ato de vontade; d) João Franzen de Lima: manifestação lícita de vontade.

14. A evolução do mundo social não acompanhou a visão dos doutrinadores. "A perspectiva, através da qual o negócio jurídico deve ser encarado, passa a ser uma perspectiva social, e não, individual", afirmou com muita propriedade Antônio Junqueira de Azevedo, em *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, pp. 17-22, Ed. Revista dos Tribunais.

O pensamento enfocado pode parecer que o papel da vontade foi eliminado, quando na verdade, ele foi apenas reduzido, pois, o negócio jurídico hoje, não é como entende Antônio Junqueira, propriamente, o ato de vontade de alguém, mas sim, o que a sociedade vê como sendo o ato de vontade de alguém.

Estabelece-se, assim, um contexto que vai influir de modo considerável na prática, especialmente, por ocasião, de serem aplicados os princípios de interpretação.

O foro íntimo do agente deixa de ser a preocupação do intérprete, que passa a verificar as "circunstâncias que rodeiam o negócio e que socialmente lhe fixam os contornos, isto é, com aquilo que aos outros parece ser o que o agente queria".

15. A conversão do negócio jurídico é um caso que, de fato, não foi requerido pelas partes. A exemplificar o afirmado, temos os casos

de conversão legal: a) o da aceitação convertida em oferta — art. 1.083, do CC; b) o reconhecimento de filho incestuoso ou adulterino para os efeitos de prestação de alimentos — art. 405, CC; c) a instituição de fideicomisso, em que, sendo nula a indicação do fiduciário, é convertida em substituição vulgar — art. 1.740, CC; d) a compra e venda com pacto de retrovenda, quando se trata de negócio simulado - art. 1º do Decreto-lei 2.689, de 1940. Além da relação citada, fruto de pesquisa feita por Antônio Junqueira de Azevedo, este acrescenta, citando Betti, o art. 1.059, § 2º do CC italiano, quando a

concessão de servidão, feita exclusivamente por um condômino e que, assim, não é eficaz para constituir o direito real, vale porém, como acordo que cria para o condômino a obrigação de, não se opor ao exercício de um direito pessoal por aquele que seria o adquirente da servidão.

16. De acordo com o estudado, sem se analisar casos de conversão judicial, onde também, os efeitos são os mesmos, verifica-se que na conversão dos negócios jurídicos se coloca em xeque toda a concepção legal, é a lei que quer que o negócio produza efeitos, e na conversão judicial, por sua vez, é o juiz que atribui ao negócio, efeitos de outro negócio que as partes efetivamente não realizaram, segundo demonstra Antônio Junqueira de Azevedo, artigo citado.